



WAGENINGEN UR
For quality of life

For quality of life

Wageningen Working Papers in Law and Governance

LAW AND GOVERNANCE GROUP 2015/09

"Nudging Germany"?
Herausforderungen für eine Verhaltensbasierte Regulierung
in Deutschland

Kai P. Purnhagen
Lucia A. Reisch

WAGENINGEN UNIVERSITY
LAW AND GOVERNANCE GROUP

*"Nudging Germany"?
Herausforderungen für eine Verhaltensbasierte Regulierung in
Deutschland*

KAI P. PURNHAGEN
LUCIA A. REISCH

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

© 2015 Kai P. Purnhagen, Lucia A. Reisch
Printed in the Netherlands
Wageningen University
Law and Governance Group
P.O. Box 8130 | 6700 EW Wageningen
Visiting address: Hollandseweg 1 Wageningen
The Netherlands
www.law.wur.nl

“Nudging Germany”?

Herausforderungen für eine Verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland

Kai P. Purnhagen

Lucia A. Reisch

Abstract

Since 2015 behavioural scientists investigate at the German chancellery how one could regulate better. This piece illustrates the background of this new strategy and possible consequences for regulation and *Rechtswissenschaft* in Germany. We first discuss the concept of behaviourally informed regulation, which is increasingly acknowledged in regulatory domains (II). Thereafter we will show in a comparative perspective which results were yielded by similar developments in the USA and UK (III). Based on these experiences we will estimate the possible impact of such a behavioural insights team on the German law and the German regulation (IV). We then scratch some of the challenges for the German *Rechtswissenschaft*, for example how behaviourally informed regulation can be held compatible with fundamental rights or the *Rechtsgeschäftslehre* (V.). We then conclude our results (VI.).

Key words: Kanzleramt, nudge, EU law, USA, regulation

I. Einführung

Seit Anfang 2015 beschäftigen sich im Kanzleramt Verhaltensforscher mit der Frage, wie „wirksam Regieren“ aussehen und gelingen kann. Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Hintergründen dieser neuen Strategie auseinander, mit den möglichen Konsequenzen für die Regulierung sowie für die Rechtswissenschaft in Deutschland. Dazu wird zunächst das Konzept der verhaltensbasierten Regulierung erläutert, welches in anderen Regulierungsdomänen¹ einen immer breiteren Raum in der Rechtswissenschaft einnimmt (II). Sodann wird in regulierungsvergleichender Perspektive aufgezeigt, welche Ergebnisse ähnliche Beratungen in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) und im Vereinigten Königreich von Großbritannien (UK) erreicht haben (III). Basierend auf diesen Erkenntnissen wird ein Ausblick auf die möglichen Auswirkungen der Arbeit einer solchen Einheit auf das deutsche Recht und die deutsche Regulierung gegeben (IV). Wir skizzieren sodann einige Herausforderungen für die deutsche Rechtswissenschaft, wie bspw. die verhaltensbasierte Regulierung mit den Anforderungen der Grundrechte oder der Rechtsgeschäftslehre kompatibel gehalten werden kann (V.). Zusammenfassend stellen wir die Ergebnisse unserer Analyse vor (VI.).

II. Verhaltensbasierte Regulierung

Die verhaltensbasierte Regulierung ist Teil eines interdisziplinären Forschungsbereichs, welcher effektivere bzw. effiziente oder einfach auch nur - angesichts leerer Staatskassen und begrenzter Wirksamkeit ökonomischer Anreize – realistischere Regulierung zum Ziel hat.² Regulierung wird dabei als jeder Versuch verstanden, die Verhaltensweisen von Akteuren am Markt zu ordnen oder zu beeinflussen.³ Die Aufmerksamkeit, die die Regulierung in den letzten Jahren erhalten hat, ist Folge der Politik der Europäischen Union (EU)⁴: Eine Überprüfung der Qualität von Regulierung ist seit der Lissabon Agenda⁵

¹ Siehe zum Konzept der „Domäne“ in der Rechtsvergleichung *Matthew Dyson*, in: *Geneviève Helleringer und Kai Purnhagen* (Hrsg.) *Towards a European Legal Culture*, 2014, S. 115-138.

² *Cass R. Sunstein* 78 *The University of Chicago Law Review* 2011, 1349-1429.

³ *Julia Black* 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 2002, 1.

⁴ Siehe *Jens-Uwe Franck/ Kai Purnhagen*, in: *Klaus Mathis* (Hrsg.), *Law and Economics in Europe – Foundations and Applications*, 2014, S. 329.

⁵ European Council, European Council 23 and 24 March 2000, Lisbon, Presidency Conclusions; *Claudio Radaelli*, 14 *Journal of European Public Policy* 2007, 190-207.

ständiges Programm auf europäischer Ebene⁶: Das Weißbuch „Europäisches Regieren“⁷ und die „Better“ oder „Smarter Regulation“ Strategie der Kommission⁸ haben auch einzelne Mitgliedstaaten inspiriert, Programme zur Überprüfung der Qualität von Regulierung anzustoßen.⁹ Das Ziel solcher Programme ist es, wie die „Mandelkern Gruppe“ es treffend zusammengefasst hat, existierende Regulierung hinsichtlich ihres Beitrags zu Innovation, wirtschaftlichem Wachstum und Beschäftigung¹⁰ zu untersuchen. Die Methoden hierzu sind vielfältig: Dies kann aus einer rechtlichen Perspektive geschehen (beispielsweise ob die Maßnahmen die Grundrechten verwirklichen), aus klassischer ökonomischer Warte (Kosten-Nutzen-Analyse) oder auch, so wie es nun im Kanzleramt vorgesehen scheint, aus einer verhaltenswissenschaftlichen Perspektive. Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist es, die Chancen und Grenzen eben dieser verhaltenswissenschaftlichen Perspektive auch aus rechtlicher Sicht auszuloten. Dabei schließen sich die drei Perspektiven keineswegs aus, sondern ergänzen sich meist in einem „Policy-Mix“ der Regulierung.

Der so entstandene neue Forschungszweig des Regulierungsrechts drängt dabei in zwei für die Rechtswissenschaft interessante Domänen vor: Zum einen beschreibt und analysiert er Methoden, um ein vorher festgelegtes regulatives Ziel (wie die von der „Mandelkern-Gruppe“ vorgeschlagene Trias Innovation, wirtschaftliches Wachstum und Beschäftigung) realistischer Weise auch zu erreichen (1). Prominent ist hierbei das sogenannte Nudging („Anstupsen“), welches als verhaltensbasierter Ansatz der Regulierung entwickelt wurde (2). Zum anderen gehen einige Vertreter weiter und geben durch die verhaltenswissenschaftliche Forschung auch das regulative Ziel selbst vor: Durch „Debiasing“ (Verhinderung oder Abmilderung von Biases) soll der Gesetzgeber Menschen zu einem reflektierendem Verhalten anhalten (3).

⁶ *Claudio Radaelli* 3 *European Journal of Risk Regulation* 2012, 108-112.

⁷ Mitteilung der Kommission vom 25. Juli 2001 „Europäisches Regieren - Ein Weißbuch“ [KOM(2001) 428 endgültig, Amtsblatt C 287 vom 12.10.2001].

⁸ *Loranzo Allio* 2 *European Journal of Risk Regulation* 2011, 19-20; *Helen McColm*, 2 *European Journal of Risk Regulation* 2011, 9-11; *Claudio Radaelli*, 14 *Journal of European Public Policy* 2007, 190-207; *Jonathan B. Wiener*, 9 *Current Legal Problems* 2006, 447-518.

⁹ *Adam Burgess*, 3 *European Journal of Risk Regulation* 2012, 3-16.

¹⁰ Cf. *Mandelkern Group on Better Regulation*, Final Report, 13 November 2001, p. 37: “The review of existing regulation should be done [...] regarding the effect of existing regulation on innovation, economic growth and employment.”

1. Verhaltensbasierte Regulierungsforschung

Wie kann man Menschen dazu bewegen, sich gemäß einem vorher (privat oder staatlich) festgelegten regulativen Ziel zu verhalten? Dies betrifft eine wesentliche Frage in allen Rechtsgebieten. Am Offensichtlichsten mag dies im Strafrecht sein: Der generalpräventive Anspruch des Strafrechts, also die verhaltenslenkende Wirkung für eine ganze Bevölkerung, wird gar zur Legitimierung der Existenz des Strafrechts angeführt.¹¹ Ob eine bestimmte Strafe allerdings tatsächlich diese Wirkung erzielt, spielt bei der Bemessung der Strafe paradoxer Weise nur eine untergeordnete Bedeutung.¹² Erst Recht ist den Gerichten und staatlichen Vollzugsorganen auch nur eingeschränkt die Möglichkeit gegeben, eine gleich effektive, aber für den Staat kostengünstigere Maßnahme der Bestrafung zu wählen. Das sonstige öffentliche Recht hat in wesentlichen Bereichen auch ein Interesse an der Verhaltenslenkung: Eine verweigerte Baugenehmigung etwa soll die Bauherrin davon abhalten, ihr bauliches Vorhaben in die Tat umzusetzen, um höhere Ziele, wie beispielsweise den Umweltschutz, zu verwirklichen. Auch das Privatrecht enthält immer mehr verhaltenssteuernde Elemente: Die Rechte und Pflichten aus einem Kaufvertrag über eine Kaufsache mit einem Verbraucher können unmittelbar nur dann durchgesetzt werden, wenn der Unternehmer die Kaufsache mangelfrei liefert. Dieses Recht dient nur in zweiter Linie dazu, dem (individuellen) Verbraucher eine Kompensation für eine Schlechtleistung zukommen zu lassen. In erster Linie soll diese Regelung dem Verbraucher ermöglichen, seine Rechte effektiv und ohne Kostendruck durchzusetzen.¹³ Im Ergebnis soll dadurch auch der Unternehmer angehalten werden, sogleich mangelfrei zu liefern, um die mit der Abwicklung eines fehlerhaften Kaufvertrags verbundenen Kosten zu umgehen. In diesem Sinne ist denn auch das damit verbundene Recht des Verbrauchers zu verstehen, die aus der mangelhaften Lieferung der Kaufsache resultierenden Rechte ohne Kostenbelastung geltend zu machen (§ 439 Abs. 2 BGB). Die Kompensation für die durch die Nacherfüllung entstandenen Kosten durch § 439 Abs. 2 BGB ist nur Mittel zum Zweck. Vordergründig geht es darum, dem Verbraucher die Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen und dadurch den

¹¹ Heinz Müller-Dietz, in: Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), *Kriminalprävention und Strafjustiz*, 1996, S. 227-261.

¹² Bei bspw. Axel Montenbruck, *Abwägung und Umwertung*. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten, 1989, fehlt dieser Aspekt gänzlich.

¹³ EuGH, C-87/09, Slg. 2011, I-0000, Gbr. Weber, Rn. 46.

Unternehmer von vornherein zu einer mangelfreien Lieferung anzuhalten. Ob diese Wirkung eintritt oder ob es gar eine bessere Möglichkeit gibt, dieses Ziel zu erreichen, ist Gegenstand der Regulierungsforschung.

Die verhaltensbasierte Regulierung setzt am Verhalten der einzelnen Person und den systematischen Verhaltens„fehlern“ von Menschen an¹⁴: Versteht man, so die Annahme, wann Menschen wie auf welche Veränderungen im Entscheidungskontext reagieren, so kann man sich dies auch bei der Verhaltenslenkung durch Regulierung zunutze machen. Dies wahrt zum einen im Grundsatz die Entscheidungsfreiheit des Großteil der Individuen (man kann sich ja auch dem Reiz bewusst widersetzen, man muss ihm nicht automatisch folgen); zum anderen werden ohnehin vorhandene Anreize bewusst verändert, um dem Individuum die Wahl einer besseren Alternative zu erleichtern.¹⁵ So wie man nicht „Nicht-kommunizieren“ kann durch Schweigen¹⁶, so gibt es keine Entscheidungssituation oder kein Entscheidungsumfeld ohne eine Struktur (oder wenn bewusst gestaltet: Architektur) dieser Situation. Die Frage ist, wer mit welchen Zielen und mit welcher Legitimation diese Strukturen schafft – nicht „ob“. Dies umschreibt auch die Kernidee der verhaltensbasierten Regulierung: Sie setzt daran an, dass sich jeder Mensch in einer solchen Entscheidungsstruktur bewegt. Verhaltensbasierte Regulierung macht sich das Wissen um diese Entscheidungsstruktur zunutze und greift bewusst in diese Strukturen ein; sie schafft eine bewusste Architektur der Wahl. Wie solche verhaltensbasierte Regulierung rechtlich einzuordnen ist, steht erst am Anfang der Diskussion.¹⁷

¹⁴ Siehe hierzu differenzierter mit Bezug zum Recht *Anne van Aaken*, in: *Christoph Möllers/Gerhard Wagner/Alexandra Kemmerer/Maximilian Steinbeis* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016, im Druck.

¹⁵ *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, *The American Economic Review* 2003, 175.

¹⁶ Entgegen der überkommenden rechtswissenschaftliche Lehre, die Schweigen nur ausnahmsweise als Willenserklärung ansieht (*Apostolos Tassikas*, *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit*, 2004, S. 156 ff.), ist der Kommunikations- (und Regulierungs-)gehalt des Schweigens in der Kommunikationswissenschaft breit anerkannt. „Man kann nicht nicht Kommunizieren“ ist das erste der fünf Axiome Paul Watzlawicks zum Wesen der Kommunikation. Ihr Kern: Menschen sind immer in Kommunikation, ob durch Sprache oder Körpersprache, durch Taten oder Unterlassungen. Kommunikation findet sowohl verbal als auch nonverbal, sowie bewusst als auch unbewusst statt. So wie Menschen sich immer verhalten, weil es ihnen unmöglich ist, sich nicht nicht zu verhalten.

¹⁷ Siehe vor allem die im Erscheinen befindlichen Bücher von *Alberto Alemanno/Anne-Lise Siboney* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015; *Klaus Mathis/Avishalom Tor* (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*,

In der klassischen verhaltensbasierten Regulierung soll die Wohlfahrt derjenigen gesteigert werden, die ohne diese Architektur der Wahl ihre *selbstgesteckten* Ziele – gesunder Lebensstil, regelmäßiges Sparen, Altersvorsorge, umweltfreundliches Verhalten u.a. – nicht erreichen würden. Für den Bereich des Nudging haben Thaler und Sunstein beschrieben, Nudging versuche „to influence choices in a way that will make choosers better off, as judged by themselves.“¹⁸

In der Regulierung muss sich diese Methode nicht auf selbstgesteckte Ziele des Einzelnen beschränken, sondern kann auch angewendet werden, um vom Gesetzgeber vorgesehene – und damit in einer Demokratie von der Gesellschaft gewollte – Ziele zu erreichen. Wohlfahrtstheoretisch ist dies für Ziele begründbar, die der Gesellschaft externe Kosten auferlegen wie etwa das Problem zunehmenden Übergewichts, Altersarmut oder ökologische Folgekosten einer hohen Ressourcen- und Energieverbrauchs. Stimmen diese nicht mit den selbstgesetzten Zielen überein, ist der Nudge in solchen Fällen kein echter, sondern eine andere Form des Paternalismus.¹⁹ Jedoch ist zu beachten, dass man in einem funktionierenden Rechtsstaat und einer Demokratie durchaus normativ davon ausgehen kann, dass auch die Einhaltung der Rechtsordnung oder die Zustimmung zu großen politischen Linien wie dem Klimaschutz den langfristigen Präferenzen des Einzelnen in der Regel entspricht. Auf gesellschaftlicher Ebene werden dadurch externe Kosten gespart, etwa Kosten die im Gesundheitswesen, in der Umweltpolitik oder bei der Altersvorsorge entstehen.

Was in der Regulierung neu ist, ist in der Weltliteratur längst bekannt: Als Tom Sawyer nach einer Schlägerei von seiner Tante Polly dazu verdonnert wird, einen Zaun vor dem Haus zu streichen, überzeugt er zunächst seinen Freund Ben, dann sämtliche Jungen in der Nachbarschaft davon, dass es eine große Ehre sei, einen solchen Zaun streichen zu dürfen. Fortan hat er eine Menge Jungs, die für ihn diese Arbeit erledigen. Damit hat sich Tom der verhaltensbasierten Regulierung bedient: Die Entscheidungsfreiheit bleibt Ben und den anderen Jungen erhalten, Tom hat den Kontext ihrer Entscheidung jedoch so beeinflusst, dass sie sich am Ende selbst dafür entscheiden die für ihn die unliebsame Arbeit

2016; Christoph Möllers/Gerhard Wagner/Alexandra Kemmerer/Maximilian Steinbeis (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016.

¹⁸ Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge*, 2008, S. 5.

¹⁹ Siehe hierzu bereits Rob Baldwin 77 *Modern Law Review* 2014, 831 ff.; Anne van Aaken, in: Christoph Möllers/Gerhard Wagner/Alexandra Kemmerer/Maximilian Steinbeis (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016, im Druck.

machen. Eine Arbeit, die Ben und die anderen Jungs sonst niemals getan hätten. Psychologisch bedient sich Tom hier einer Methode aus der konsumpsychologischen Reaktanztheorie²⁰: Eine Option oder Alternative, die bedroht oder verloren erscheint (Streichen des Zauns durch Ben), wird bewusst gegenüber einer gesicherten Position (Streichen des Zauns durch Tom) aufgewertet. Unter vielen Optionen ist in der Regel die bedrohte am Interessantesten.²¹ Sicherlich wäre dies eine schlechte verhaltensbasierte Regulierung, da sie weder Wohlfahrtsgewinne verspricht noch transparent ist. Das Beispiel macht aber die Wirkungsweise der verhaltensbasierten Regulierung plastisch deutlich.

Der verhaltensbasierte Ansatz macht sich dieses Wissen für die Regulierung zunutze. Wenn der Gesetzgeber ein Regulierungsziel definiert hat, warum sollte man dann nicht solche aus dem Marketing, der Neurowissenschaften und der Psychologie bekannte Effekte nutzen, um dieses Ziel wirksam, effektiv und mit verhältnismäßig geringem Kostenaufwand zu erreichen? Voraussetzung für staatliche verhaltensbasierte Regulierung ist allerdings, dass diese transparent gemacht werden, die Ziele legitimiert sind und es keine geeigneteren anderen Regulierungsinstrumente gibt.

2. Nudging

Der Verfassungsrechtler und Philosoph Cass Sunstein, der gemeinsam mit dem Ökonomen Richard Thaler den Begriff des Nudging – auf Deutsch am ehesten übersetzbar mit „sanfte Stupser“ oder Stimuli – geprägt hat, definiert einen Nudge als „ein Aspekt der Entscheidungsstruktur, welche das Verhalten der Menschen in einem vorhersehbaren Maß verändert, ohne eine Handlungsoption zu verbieten oder deren ökonomischen Anreizstrukturen zu verändern.“²² Allen anderen – den Disziplinierten, den Experten, den Hochinvolvierten, den Gleichgültigen – entsteht durch diese „weiche“ Regulierung kein Nachteil („no harm“). Nudging versucht „to influence choices in a way that will make choosers better off, as judged by themselves.“ Nudges sind also keine Verbote oder

²⁰ Jack W. Brehm: Theory of psychological reactance, New York, Academic Press, 1966; Dorothee Dickenberger/Gisla Gniech/Hans-Joachim Grabitz, in: Dieter Frey/Martin Irle (Hrsg.), Theorien der Sozialpsychologie, Bd. 1. 2002.

²¹ Jack W. Brehm et al., Journal of Experimental Social Psychology 1966, 301-313.

²² Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, Nudge, London 2008, S. 6, im Original: „an aspect of choice architecture that alters people's behaviour in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives.“

Gebote, keine finanziellen Anreize oder Strafen, sondern haben einen ganz eigenen Charakter.

Die Effektivität solcher Nudges zeigen u.a. intuitiv einleuchtende Experimente. Eines der bekanntesten: Der Flughafen Schiphol in Amsterdam wollte seine Reinigungskosten auf den Herrentoiletten reduzieren. Diese wurde maßgeblich dadurch beeinflusst, dass Männer das Urinal regelmäßig nicht trafen. Schiphol hätte nun als klassische Möglichkeiten der Regulierung beispielsweise das Aufhängen eines Schildes gehabt, welches Männer auf die Notwendigkeit der Treffsicherheit aufmerksam macht. Fraglich wäre allerdings, ob dies tatsächlich dazu geführt hätte, eben diese Treffsicherheit zu erhöhen. Die Nutzung klassischer Informationswege, das hat die Verhaltensforschung schon lange herausgefunden, sind nur ein sehr bedingt geeignetes Mittel, um wirksam Verhalten zu steuern.²³ Der Flughafen entschied sich daher für eine andere Maßnahme: Ausgehend vom evolutionsbiologisch unterstellten Spiel- und Jagdtrieb des Mannes ätzte die Betreibergesellschaft das Bild einer kleinen Fliege in das Urinal. Männer wurden dadurch animiert, beim Wasserlassen genau diese Fliege treffen zu wollen und dachten nicht mehr darüber nach, ob dies tatsächlich der Sauberkeit der Toiletten dient (was den meisten Männern ohnehin gleichgültig gewesen sein sollte). Durch diese nicht besonders kostenintensive Maßnahme wurde die Treffsicherheit am Flughafen Schiphol um 80 % erhöht.²⁴

Ein anderes prominentes Beispiel sind Maßnahmen zur Reduzierung des Papierverbrauchs in Unternehmen. Eine Möglichkeit sind klassische Maßnahmen wie der Hinweis per Email, den Papiergebrauch im Namen der Umwelt zu reduzieren. Da eine Wirksamkeit dieser Maßnahme voraussetzt, dass der Schutz der Umwelt auch zum Präferenzkatalog eines jeden Adressaten gehört, ist die Wirksamkeit solcher Maßnahmen in der Breite zweifelhaft. Als effektivere Maßnahme haben sich Nudges erwiesen, die unabhängig von der Präferenzstruktur der Einzelnen (es ist ihr egal, ob die Umwelt geschont wird)

²³ Omri Ben-Shahar/Carl E. Schneider, *More Than You Wanted To Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014. Vgl. dazu auch die Special Section im Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit: Peter Kenning/Lucia A. Reisch, 2013. Alternativen zum Informationsparadigma der Verbraucherpolitik: Eine kommentierende Einführung in ein noch dynamisches verbraucherwissenschaftliches Feld mit verbraucherpolitischen Implikationen. *Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit*, 8(3), 227-253.

²⁴ Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge*, 2008, S. 261, unter Hinweis auf <http://www.coathanger.com.au/archive/dibbllys/loo.htm>.

sind. Sogenannte „Default-Nudges“, welche nicht einmal Anreize setzen, sondern sich das Beharrungsvermögen der Menschen zunutze machen, sind häufig effektiver.²⁵ So hat die Rutgers Universität im US-Amerikanischen New Jersey die Einstellungen ihrer Drucker und Kopierer standardmäßig auf „doppelseitig“ eingestellt. Da es vielen Nutzern zu umständlich war, den Default wieder auf „einseitiges drucken“ umzustellen (oder es ihnen auch einfach egal war), druckten nun die meisten Wissenschaftler und Angestellten doppelseitig. In den ersten vier Jahren nach dieser Maßnahme wurden in der Universität im Vergleich mit den vorherigen vier Jahren 55 Millionen Blätter Papier weniger gedruckt, eine Reduktion im 44 %, welches 4650 Bäumen entspricht.²⁶ In einem kontrollierten Experiment an einer schwedischen Universität wurde der Effekt bestätigt, allerdings nicht in so hohem Ausmaß: Über einen längeren Zeitraum wurde immerhin eine Reduzierung der Papiermengen um 15 % gemessen.²⁷ Dies sind nur einige Beispiele dafür, wie Nudges wirken. Viele weitere sind beispielsweise aus dem Bereich der Lebensmittelregulierung²⁸, der Verbraucherpolitik²⁹ und der Gesundheitspolitik³⁰, aus dem Versicherungsrecht³¹ und der Finanzmarktregulierung³² bekannt.

Die Funktionsweise von Nudging knüpft an den Menschen als Entscheider an. Man geht davon aus, dass jeder Mensch zwar seine Entscheidung auf eine bestimmte Präferenzstruktur stützt, allerdings davon auch unbewusst abweicht.³³ Geschehen solche Abweichungen strukturell oder systematisch, so unterliegt er einem „Bias“, den man sich im Rahmen der Regulierung zunutze machen kann. Dabei geht es, wie beim „Debiasing durch Recht“ nicht (nur) um den Ausgleich von solchen Biases. Dies kann ein Nebeneffekt sein. Vielmehr sollen beim

²⁵ Cass R. Sunstein/Lucia Reisch, 38 Harvard Environmental Law Review 2014, 127-158.

²⁶ Print Management Information, RUTGERS.EDU, <http://perma.law.harvard.edu/03BNSKSY4oZ>.

²⁷ Johan Egebark/Mathias Ekström IFN, Working Paper No. 975, 2013, verfügbar unter <http://perma.law.harvard.edu/05S7PEkzZak>.

²⁸ Brian Wansink/Jeffery Sobal, Environment and Behavior 2007, 106; Erica van Herpen/Rik Pieters/Marcel Zeelenberg, Food Quality and Preference 2014, 153-160.

²⁹ Lucia Reisch/Julia Sandrini, Nudging in der Verbraucherpolitik, Baden-Baden, Nomos 2015.

³⁰ Vgl. Lucia Reisch/Wencke Gwozdz, 35 International Journal of Consumer Studies 2011, 3-9; Brian Wansink, Mindless eating, 2011.

³¹ Howard Kunreuther/Mark V. Pauly, Insurance Decision-Making and Market Behavior, 2006.

³² Lars Klöhn, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, 2006.

³³ Howard J. Ross, Everyday bias. Identifying and navigating unconscious judgements in our daily lives, 2014.

Nudging solche Biases oder auch einfach nur die Unentschlossenheit einer Person³⁴ bewusst genutzt werden, um effektiv regulieren zu können (bbspw. in Form des Re-biasing³⁵). Ben wollte den Zaun nicht streichen (normale Präferenzstruktur). Erst als Tom ihm das Streichen des Zauns als verlorene Option präsentiert, greift Ben zum Pinsel. Tom hat sich damit bei Ben den „Bias“ der Verlustaversion (Loss Aversion³⁶) zunutze gemacht. Die Verhaltensforschung hat im Laufe der Zeit, abgesichert durch unzählige Studien, einen solchen Katalog der „Biases“ entworfen.³⁷ Sobald ein solcher „Bias“ durch Studien hinreichend abgesichert ist, gilt er als „robust“ und kann als systematischer „Bias“ zur Vorhersage von Verhalten des Individuums genutzt werden.³⁸ An genau diesen robusten „Biases“ setzt die verhaltensbasierte Regulierung an: Kennt ein Regulierer diese „Biases“ und deren Wirkungsweise, so die Annahme, kann er dies für eine effektive Verhaltensänderung nutzbar machen.

Folgende „Biases“ haben sich als besonders robust erwiesen und werden daher bevorzugt beim Nudging eingesetzt³⁹:

- *Availability Heuristic (Verfügbarkeitsheuristik)*: Wir neigen dazu, die Häufigkeit eines Ereignisses basierend darauf vorherzusagen, wie schnell vergangene Ereignisse ins Gedächtnis gebracht werden können. Risiken, die für uns „greifbarer“ sind, werden höher bewertet als solche, welche intuitiv oder intellektuell nicht oder nur schwer erreichbar sind.⁴⁰ So steigen in der Folge einer Naturkatastrophe die Versicherungsabschlüsse für diese Art von Katastrophe steil an, fallen dann jedoch rapide mit dem

³⁴ Siehe hierzu Cass Sunstein, der darauf hinweist, dass Nudges auch ohne biases funktionieren, siehe Cass Sunstein, *Journal of Consumer Policy* 2015, online.

³⁵ Avishalom Tor, in: Klaus Mathis/Avishalom Tor (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, 2016, im Druck.

³⁶ Richard H. Thaler, *Quasi-Rational Economics*, 1995.

³⁷ Siehe hierzu kürzlich Cass R. Sunstein, The Council of Psychological Advisers. Annual Review of Psychology 2014; Vgl. auch Howard J. Ross, *Everyday bias. Identifying and navigating unconscious judgements in our daily lives*, 2014.

³⁸ Siehe am Beispiel des Binnenmarktsrechts Kai Purnhagen/Erica van Herpen, *Can Bonus Packs Mislead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ's Mars Judgment and its Potential Impact on EU Marketing Regulation*, Wageningen Working Papers Series in Law and Governance 2014/07.

³⁹ Siehe Amos Tversky/Daniel Kahneman, 211 Science 1981, 453.

⁴⁰ Amos Tversky/Daniel Kahneman, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky (Hrsg.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, 1982, S. 11–14.

Schwinden der Erinnerung an das Ereignis (obwohl das Risikolevel relativ gleich bleibt).⁴¹

- *Anchoring Heuristic (Ankereffekt)*: Menschen verlassen sich bei ihren Entscheidungen zu stark auf ein Merkmal oder eine Information, die in ihrem Bewusstsein in einem anderen Kontext verankert ist. Dies beeinflusst die Art, wie sie intuitiv Wahrscheinlichkeiten einschätzen. Intuitive Schätzungen fallen anders aus, wenn Menschen zuvor eine Referenz gesetzt wurde (den 'Anker')⁴². Sie passen dann die Schätzungen nur diesem Anker an, anstatt „frei“ zu schätzen. In einer klassischen Studie wurden Menschen gebeten, den Prozentsatz von afrikanischen Nationen zu erraten, die Mitglieder der Vereinten Nationen sind. Diejenigen, die gefragt wurden ob es mehr oder weniger als 10 % sind, haben in der Regel niedrigere Werte (25 % im Durchschnitt) geschätzt als diejenigen, die gefragt wurden, ob es mehr oder weniger als 65 Prozent (45 Prozent im Durchschnitt) sind.⁴³
- *Representative Heuristic (Heuristik nach Analogiebildung)*: Menschen beurteilen die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Ereignisses in erster Linie danach, wie wahrscheinlich vergleichbare erlebte Ereignisse eintreten. Diese sagen de facto jedoch nichts über die Wahrscheinlichkeit des konkreten Eintritts aus.⁴⁴ Dieser „bias“ geht sogar so weit, dass Menschen ihren eigenen Erlebnissen mehr trauen als robusten Wahrscheinlichkeitsberechnungen.⁴⁵ Als Standardbeispiel wird vor allem der „Hot Hands“ Irrtum angeführt: Basketballspieler, die viele Körbe geworfen haben, werden auch danach viele mehr Körbe werfen werden als andere Spieler, die häufiger neben den Korb geworfen haben. Studien haben ergeben, dass es hierfür keinerlei überprüfbare Evidenz gibt.⁴⁶

⁴¹ Daniel Kahneman/Amos Tversky, *Econometrica* 1979, 269.

⁴² Thomas Mussweiler/Fritz Strack/Tim Pfeiffer, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2000, 1142.

⁴³ Amos Tversky/Daniel Kahneman, 185 *Science* 1974, 1124-1131.

⁴⁴ Amos Tversky/Daniel Kahneman, in: Daniel Kahneman/Paul Slovic/Amos Tversky (Hrsg.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases* 1982.

⁴⁵ Paul Slovic, *The Perception of Risk*, 2000, S. 40.

⁴⁶ Thomas Gilovich/Robert Vallone/Amos Tversky, 3 *Cognitive Psychology* 1985, 295-314.

Allerdings kann der Glaube an solche „hot hands“ durchaus dazu führen, dass ein solcher Effekt eintritt.⁴⁷

- *Optimism Bias (Überoptimismus)*: Menschen glauben, dass sie selbst weniger Gefahr laufen, ein negatives Ereignis zu erfahren als andere Menschen.⁴⁸ Das wirkt sich in zweierlei Hinsicht aus: Zum einen bewerten Menschen positive Ergebnisse über, das heißt, sie glauben besser zu sein als andere.⁴⁹ Zum anderen bewerten Menschen negative Ergebnisse über, das heißt sie glauben beispielsweise weniger ein Alkoholproblem zu haben als andere.⁵⁰
- *Status Quo Bias oder Endowment Effect (Besitzeffekt)*: Menschen messen einem Gut einen höheren Wert zu, wenn sie es besitzen.⁵¹ So haben in einem klassischen Experiment Besitzer einer Kaffeetasse nahezu doppelt so viel Geld gefordert, damit sie diese hergaben als sie bereit waren zu bezahlen, um diese neu zu kaufen.⁵²

Mittlerweile hat die Verhaltensforschung viele weitere Biases gefunden, die hier nicht umfassend aufgezählt werden können.⁵³

Auch wenn das Nudging durchaus auch kritisch gesehen wird⁵⁴ und insbesondere seine theoretische Fundierung noch einer intensiven Forschung bedarf, so ist es mittlerweile weltweit als attraktiver Regulierungsansatz anerkannt.⁵⁵ Wichtig scheint der Hinweis, dass Nudging immer als Komplement, nicht als Substitut anderer politischer Instrumente – wie Information, rechtliche Regelung, ökonomische Anreize – verstanden werden sollte.

Es geht also keineswegs darum, traditionelle Instrumente durch schnell umsetzbare, kostengünstigere oder gar intransparente „manipulative“

⁴⁷ Markus Raab/Bartosz Gula/Gerd Gigerenzer, 18 Journal of Experimental Psychology: Applied, 2011, 81-94.

⁴⁸ James Shepperd/ Patrick Carroll/ Jodi Grace/Meredith Terry, 42 Psychologica Belgica 2009, 65-98; John Chapin/Grace Coleman, 11 North American Journal of Psychology, 2009, 121-132.

⁴⁹ Susana O. Gouveia/Valerie Clarke, 101 Health Education 2001, 228-234.

⁵⁰ Id.

⁵¹ J. E. Roedelius, Elsevier's Dictionary of Psychological Theories, 2006, S. 147.

⁵² Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler 98 Journal of Political Economy, 1991, 1325-1348.

⁵³ Siehe bspw. Andreas Oehler/Lucia Reisch, in: 78 DIW Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 2009, „Verbraucherpolitik zwischen Markt und Staat“, 30-43.

⁵⁴ Siehe nur Gregory Mitchell 99 Northwestern University Law Review, 2005, 1245-1277; Horst Eidenmüller JZ 2011, 814 ff.

⁵⁵ Karen Yeung 75 The Modern Law Review 2012, 122

Alternativen zu ersetzen, also „harte Regulierung“ durch „weiche Regulierung“ zu verdrängen und damit erreichte Standards aufzuweichen. Auch wenn dies politikpraktisch durchaus in einigen Fällen so ist – der Anspruch und die Idee ist eine andere: Zum einen sollen bestehende Instrumente (wie: Information, Beratung, Bildung, Stärken von Kompetenz) wirksamer gestaltet werden, zum anderen sollen Nudging-Tools eine sinnvolle Ergänzung des Instrumentariums in Form von gezielter Gestaltung von Entscheidungssituationen sein. Eine solche Architektur der Wahl ist insbesondere dort wirksam, wo klassische Instrumente vergleichsweise wenig nützen, weil sie die Zielgruppen nicht erreichen; weil Ver- und Gebote als zu starke Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen betrachtet werden und auch gesellschaftlich nicht akzeptiert würden; weil es keine politische Federführung gibt, aber dennoch politisch gestaltet werden muss; weil finanzielle Anreize wie Steuern oder Subventionen die notwendige Wirkung vermissen lassen oder die nicht-intendierten und nicht-erwünschten Nebenwirkungen harter Regulierungsinstrumente zu groß sind. Solche Problemsituationen und -bereiche zu erkunden und den jeweils wirksamsten Mix aus „harten“ und „weichen“ Instrumenten zu identifizieren und anzuwenden, ist eine anspruchsvolle politische und wissenschaftliche Aufgabe der Regulierung. „Nudging“ ist daher vergleichsweise aufwendig und komplex. Denn im Gegensatz zur neoklassisch basierten Politik und Politikberatung gibt es kaum erprobte Modelle und Methoden, die man grundsätzlich auf alle Problemlagen anwenden kann. Allerdings ist es möglich und sinnvoll, Nudging systematisch zu designen, erproben und umzusetzen sowie dabei Kriterien guter Architektur der Wahl zu folgen (vgl. Abbildung 1).

Abbildung 1: „Kriterien guter Architektur der Wahl“

Methode: <ul style="list-style-type: none"> ▪ profunde diagnostische Analyse als Grundlage ▪ systematisch, empirisch und fallspezifisch ▪ Kosten Nutzen Analysen; kontrollierte Experimente; Langzeitstudien u.a. ▪ „lernendes“ Monitoring (testen – lernen – anpassen) 	Wirksamkeitsabschätzung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Wirksamkeit ex ante und ex post ▪ Vergleich (ggf. in Kombination) mit anderen Regulierungsinstrumenten ▪ Sekundäreffekte bei anderen Akteuren
Ziele: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Zielgruppenspezifisch ▪ Wohlfahrtssteigerung (externe und interne Effekte) 	Vorgehen: <ul style="list-style-type: none"> ▪ transparent und der öffentlichen Bewertung zugänglich ▪ institutionelle, kulturelle und gesellschaftliche Normen und Werte berücksichtigend ▪ selektiv ergänzend, nicht substitutiv <i>per se</i>

2. „Debiasing durch Recht“

Während damit das Nudging mittlerweile zum festen Bestandteil des Instrumentenkastens der Regulierung gehört, ist das „Debiasing durch Recht“ (d.h. Ausgleich von Biases durch Recht) als Methode noch nicht breit akzeptiert. „Debiasing durch Recht“ beschreibt eine Methode, in der das Recht eingesetzt wird, um Menschen zu helfen, ihre Biases zu reduzieren.⁵⁶ Während Nudges also stets als Komplementär zu klassischem, bindenden Recht zu verstehen sind, wird beim „Debiasing durch Recht“ bewusst das Recht als Steuerungselement eingesetzt, um Menschen bei der Verwirklichung ihrer Präferenzstruktur zu helfen. Das „Debiasing durch Recht“ beschreibt damit nicht nur Wege, wie ein regulatives Ziel zu erreichen ist, sondern gibt das Regulierungsziel selbst vor: Durch „Debiasing durch Recht“ soll der Gesetzgeber durch traditionelles Recht Menschen zu einer Entscheidung verhelfen, die ihrer Präferenzstruktur entsprechen. Damit sollen Zielkonflikte im Regulierungsrecht stets so gelöst werden, dass Menschen ihre Entscheidungen ohne „Biases“, oder wenigstens mit reduzierten „Biases“ treffen, also gemäß ihrer tatsächlichen Präferenzstrukturen oder wenigstens sich diesen annähernd.⁵⁷ Die Aufgabe des Rechts wird also darauf reduziert, solche systematischen Verhaltenstendenzen (Biases) zu erkunden und durch Recht auszugleichen, entweder durch Verpflichtung zu Verbraucherinformation, Verpflichtung zum Nudging, oder klassische Regulierung durch bspw. Verbote.

Dies lässt viele Fragen offen: Was sind tatsächliche Präferenzstrukturen und ist ein Regulierer tatsächlich die beste Instanz, um diese zu bestimmen? Welche Präferenzstruktur gilt bei einem Konflikt? Welcher der vielen „Biases“ soll reduziert werden? Erlaubt das Recht und die zugrunde liegende Eingriffsnorm einen solchen Eingriff, um individuelle Präferenzordnungen zu verwirklichen? Dies sind im Wesentlichen rechtliche und moralische Fragen, die im Vorfeld des „Debiasing durch Recht“ durch den Gesetzgeber geklärt werden müssen.⁵⁸ In Deutschland geht das Recht beispielsweise davon aus, dass die Grundrechte eine

⁵⁶ Christine Jolls/Cass R. Sunstein, *Journal of Legal Studies*, 2006, 200.

⁵⁷ Christine Jolls/Cass R. Sunstein, *Journal of Legal Studies*, 2006, 199.

⁵⁸ Siehe zur Notwendigkeit Erkenntnisse der interdisziplinären Analyse und moralische Wertungen im Recht zu trennen Klaus Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit* 2009, 190; Hans Micklitz/Kai Purnhagen, Vor 13, 14 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, Rn. 52.

„objektive Wertordnung“ bilden,⁵⁹ die Transaktionen, die gegen diese Werteordnung verstoßen, nichtig werden lassen.⁶⁰ Zugegebenermaßen kann daher auch „Debiasing“ einige unserer im BGB vorhandenen Vorschriften erklären oder legitimieren. Das Widerrufsrecht gemäß § 355 I S. 1 BGB wird beispielsweise erst nach einer „cooling off“-Periode von 14 Tagen gewährleistet, weil Verbraucher sonst eine Kaufentscheidung in einer Situation wie bei Haustürgeschäften treffen, in der sie häufig spontan und unkontrolliert (in a „hot state“) entscheiden.⁶¹ Allerdings kann durch das Gewährleisten des Widerrufsrechts gleichzeitig der Besitzeffekt gefördert werden, der es dem Verbraucher schwerer macht, sich von diesem Produkt wieder zu trennen und Gebrauch vom Widerrufsrechts zu machen.⁶²

Das Recht zum regulativen Eingriff nur auf den Ausgleich oder zur Reduzierung von „Biases“ zu beschränken, wäre weder mit dem Demokratieprinzip noch mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar. Maßgebliches Kriterium für die Formulierung der Regulierungsziele und der Auflösung von Zielkonflikten muss das Recht als „geronnene Politik“⁶³ bleiben. Gibt es das Recht vor, dass es auch zum „Debiasing“ eingesetzt werden darf (und nur dann!), kann man sich des „Debiasing“ bedienen. Ein wesentlicher Anwendungsbereich des „debiasing“ ist damit im Zivilrecht, welche nach wie vor auf dem Ideal gleichgeordneter Bürger, die durch eine freie Willensäußerung ihre Privatautonomie einschränken, aufgebaut ist. Sicherlich ist der Gesetzgeber niemals so naiv gewesen zu behaupten, dass diese Annahme der Realität entspricht, noch den Erfordernissen des Wirtschaftslebens. Institute wie Treu und Glauben, Sittenwidrigkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage, die Anfechtung, aber auch in der mittlerweile geläufige Unterscheidung von „wirklichem“ und „vernünftigen“ Willen bei der Auslegung der Willenserklärung⁶⁴ erlauben punktuelle „Korrekturen“ dieser Sichtweise im

⁵⁹ BVerfGE 7, 198 (205) - Lüth.

⁶⁰ Horst Eidenmüller JZ 2011, 814.

⁶¹ Melvin A. Eisenberg Harvard Law Review, 1982, 773.

⁶² Siehe zu diesem Widerspruch auch Hans Micklitz/Kai Purnhagen, Vor 13, 14 BGB, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, Rn. 51. Eva Tscherner folgert insoweit korrekt, dass bei der Regelung des Widerrufsrechts mehr empirische Forschungsarbeit vonnöten ist, siehe Eva Tscherner 1 Austrian Law Journal 2014, 154-155.

⁶³ Gunnar F. Schuppert AÄR 120 (1995), S. 32 (65).

⁶⁴ Siehe hierzu bspw. Franz Jürgen Säcker, Einl BGB Allgemeiner Teil, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, Rn. 163 ff.

vertraglichen Einzelfall.⁶⁵ „Debiasing“ richtet sich jedoch gegen systematische, nicht einzelne Rationalitätsdefizite in konkreten privatrechtlich relevanten Situationen. Dies ist der Anwendungsbereich des Verbraucherrechts und des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Schuldrecht, aber auch der des Minderjährigenrechts des Schuld- und Deliktsrechts. Selbst Gutglaubensvorschriften des Sachenrechts wie beispielsweise § 935 Abs. 1 BGB ließen sich mit einem „debiasing“ erklären. Während die Eigentumsvermutung des Besitzers in § 1004 BGB zur Wahrung des Rechtsfriedens sich den „Besitzeffekt“ zunutze macht und dem Besitzer sogar eine Eigentumsvermutung qua Gesetzes zubilligt, löst § 935 Abs. 1 BGB diesen „Bias“ wieder auf wenn das Gesetz den Bias nicht mehr für schützenswert erachtet.

III. Erfahrungen mit verhaltensgesteuerter Regulierung in den USA und in Großbritannien

Während im ersten Teil die Grundlagen und mögliche Anwendungsformen der verhaltensbasierten Regulierung umrissen wurden, soll im Folgenden skizziert werden, welche Erfahrungen bei der Anwendung der verhaltensbasierten Regulierung in den USA (1) und in Großbritannien (2) gemacht worden sind. Beide Länder verfügen seit einigen Jahren über regierungsnahe Einheiten, die den Ansatz der verhaltensbasierten Regulierung in die jeweiligen Regulierungsregime übertragen sollen.⁶⁶

1. USA

Mit einem Erlass zur Verbesserung der Regulierung⁶⁷ setzte Präsident Barack Obama öffentlich und strategisch auf die Wirksamkeit systematischer, datenbasierter Regulierung sowie verhaltensbasierter Ansätze.⁶⁸ Mit der Ernennung von Cass Sunstein als Leiter des Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) im Weißen Haus (2009-2012) hatte Obama bereits faktisch eine

⁶⁵ *Martijn Hesselink* hat einige dieser Normen plastisch die sozialen oder politischen Normen des BGB genannt, siehe *Martijn Hesselink*, in: *Kai Purnhagen/Peter Rott* (Hrsg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, 2014, 34-35.

⁶⁶ Detaillierter Überblick über Nudging und „Nudge Units“ in: *Lucia Reisch/Julia Sandrini*, *Nudging in der Verbraucherpolitik: Ansätze verhaltensbasierter Regulierung*, 2015.

⁶⁷ Executive Order 13563 of January 18, 2011 Improving Regulation and Regulatory Review.

⁶⁸ Executive Order 13563 of January 18, 2011 Improving Regulation and Regulatory Review.

Art „nudge unit“ eingesetzt. Über seine Zeit als Leiter der OIRA im Weißen Hauses berichtet Sunstein in seinem Buch „Simpler: The Future of Government“⁶⁹. In den dreieinhalb Jahren seiner Amtszeit konnte Sunstein einige Erfolge verhaltensbasierter Regulierung verbuchen: So wurde der Kraftstoffverbrauch von Autos gesenkt und damit den Verbrauchern Einnahmen in der Höhe mehrerer „Millionen Dollar“ gesichert. Dies wurde einerseits durch das Setzen neuer Emissionsstandards für Autos erreicht, also einer klassischen Regulierungsmaßnahme. Zusätzlich wurden jedoch unterstützende Elemente des Nudging ausgetestet wie aussagekräftigere, besser verständliche und auf ihre Wirksamkeit getestete Produktinformationen (konkret: ein überarbeitetes Kraftstoffverbrauchslabel). Weitere erfolgreiche Projekte waren beispielsweise die Sicherung und Stabilisierung der Energieversorgung, die energieeffizientere Nutzung von Haushaltgeräten wie Waschmaschinen und Spülmaschinen, die Verbesserung der Luftqualität sowie das Zulassen der Einreise von HIV-Infizierten in die USA. Bei allen diesen Projekten wurde eine gründliche Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt; nur wenn der zu erwartende gesellschaftliche Nutzen die geschätzten Kosten deutlich überstieg, wurde regulativ eingegriffen. Diese strikte Datenbasierung ist systematischer Teil des „Besser Regieren“-Ansatzes, welcher durch das OIRA umgesetzt werden sollte. Echte „Nudging-Maßnahmen“ wurden ebenfalls eingesetzt, beispielsweise um das Essen in den Schulen zu verbessern oder den Zigarettenkonsum zu reduzieren. Zudem wurden einige Fälle identifiziert, in denen überflüssige, zu teure oder ineffektive Regulierungen geändert wurden und damit ein Beitrag zum Bürokratieabbau geleistet wurde.⁷⁰ Die verhaltenswissenschaftlich basierte Arbeit der OIRA wird seit 2013 mit der *Social and Behavioral Science Initiative* im Weißen Haus fortgesetzt. Dieses Team von Nudging Experten unter Leitung von Maya Shankar⁷¹ bezieht verhaltensökonomische Forschungsergebnisse und Evaluationsmethoden systematisch in die Politikgestaltung ein. Das Team beschäftigt sich mit so unterschiedlichen Politikfeldern wie Bildung, Gewaltprävention oder Gesundheitsförderung.⁷²

⁶⁹ Cass R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, 2013.

⁷⁰ Cass R. Sunstein, *Simpler: The Future of Government*, 2013, S. 7.

⁷¹ Maya Shankar ist „Senior Advisor to the Deputy Director for Social & Behavioral Sciences at the White House Office of Science and Technology Policy“.

⁷² Siehe dazu den Artikel von Richard H. Thaler abrufbar unter www.nytimes.com/2013/08/25/business/public-policies-made-to-fit-people.html?_r=0.

2. Großbritannien

Großbritannien gilt als Vorreiter der verhaltensbasierten Regulierung, denn dort wurde bereits seit Ende der 1990er Jahre systematisch über Design und Ziel von Politikgestaltung auf Grundlage von Psychologie und Verhaltensökonomik diskutiert.⁷³ 2010 erklärte die Koalitionsregierung von David Cameron verhaltenswissenschaftlich fundierte Politikgestaltung zur Priorität und gründete das Behavioural Insights Team (BIT) als Teil des Cabinet Office.⁷⁴ Das BIT wurde von Anfang an vom US-amerikanischen Verhaltensökonom Richard Thaler beraten. Am Beginn standen praktische, eher spezielle Fragen wie beispielsweise, wie junge Bürger davon abgehalten werden können, Messer bei sich zu tragen oder wie man Haushalte dazu anhalten kann, vermehrt zu recyceln.⁷⁵ Weitere Themen, die das BIT in den letzten Jahren mit verhaltenswissenschaftlichen Methoden bearbeitete, waren u.a.: Erhöhung der Organspendebereitschaft; mehr Bewegung und sportliche Betätigung einer zunehmend übergewichtigen Bevölkerung; Verbesserung der Lebensmittelhygiene; Reduzierung schädlicher Verhaltensweisen wie Rauchen sowie von Teenager-Schwangerschaften; Kampagnen für gesündere Ernährung und Lebensstile; Wiedereingliederung von Arbeitslosen ins Arbeitsleben; und vieles mehr.⁷⁶

Seine langjährigen Erfahrungen mit der praktischen Anwendung verhaltensbasierter Regulierung und Kommunikation mit Bürgern in diesen so verschiedenen Lebens- und Regulierungsbereichen hat das BIT in der einfachen Formel „EAST“ (Akronym für „easy, attractive, social, timely“) zusammengefasst:⁷⁷

⁷³ Zur Entwicklung in Großbritannien: *David Halpern*, *The Behavioural Insights Team*, im Druck 2015; *Rhys Jones/Jessica Pykett/Mark Whitehead* *Changing behaviours. On the rise of the psychological state*, 2013, S. 27 ff.

⁷⁴ Vgl. für Details der Entstehung des BIT: *Rhys Jones/Jessica Pykett/Mark Whitehead* *Changing behaviours. On the rise of the psychological state*, 2013, sowie speziell für die britischen Nudging-Ansätze in der Gesundheitspolitik: *Adam Burgess* *3 European Journal of Risk Regulation*, 2012, 3-16.

⁷⁵ *George Osborne/Richard Thaler* *The Guardian*, 28 January 2010, verfügbar unter <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2010/jan/28/we-can-make-you-behave?INTCMP=SRCH>.

⁷⁶ Cabinet Office Behavioural Insights Team, *Applying Behavioural Insight to Health*, 2010, verfügbar unter <http://www.cabinetoffice.gov.uk/resource-library/applying-behavioural-insight-health>.

⁷⁷ *Owain Service/Michael Hallsworth/David Halpern/Felicity Algate/Rory Gallagher/Sam Nguyen/Simon Ruda/Micahel Sanders/Marcos Pelenur/Alex Gyani/Hugo Harper/Joanne Reinhard/Elspeth Kirkman*, *EAST, Four Simple Ways to Apply Behavioural Insights*, 2012, verfügbar unter

1. Mach es einfach!

Damit mehr Bürger ein freiwilliges Altersvorsorgeprogramm wählten und damit für ihr Alter vorsorgten, wurde die Voreinstellung so geändert, dass die Bürger grundsätzlich automatisch am Programm teilnahmen, dies aber jederzeit ändern konnten (Opt-out). Mit der Umstellung auf automatische Mitgliedschaft stieg die Zahl der Teilnehmer von 61 % auf 83 %.

2. Mach es attraktiv!

Um die Zahl der pünktlichen Bezahler der Kfz-Steuer zu erhöhen, experimentierte die Steuerbehörde mit unterschiedlichen Formen des Steuerbescheids. Am wirksamsten waren personalisierte Bescheide: War ein Foto des eigenen Autos abgebildet, stieg die Anzahl der pünktlichen Zahler von 40 auf 49 %.

3. Mach es sozial relevant!

Dieses Prinzip wurde beispielsweise durch den Hinweis auf dem Steuerbescheid, dass „die meisten Menschen“ ihre Steuer rechtzeitig bezahlen, umgesetzt. Diese Mitteilung enthält implizit eine soziale Norm was das „richtige“ Verhalten ist; sie führte zu einem Anstieg der Zahlungen um 5%.

4. Achte auf das richtige Timing!

Zehn Tage bevor ein Gerichtsvollzieher bei ihnen erscheinen sollte, wurden säumige Bürger auf diese Maßnahme aufmerksam gemacht. Diese zeitlich gut geplante Information führte dazu, dass doppelt so viele Gläubiger als ohne diese Information bezahlten, ohne dass der Gerichtsvollzieher tätig werden musste.

Das BIT hat mittlerweile eine Reihe wegweisender Leitfäden und konzeptioneller Rahmenpapiere zur Methode und Umsetzung verhaltensbasierter Regulierung erstellt.⁷⁸ Seit 2014 ist das BIT teilweise privatisiert und bietet seine Dienste nicht nur der britischen Regierung und Administration als Hauptkunden an,

http://www.behaviouralinsights.co.uk/sites/default/files/BIT%20Publication%20EAST_FA_WEB.pdf, S.4-6.

⁷⁸ BIT 2013c; BIT 2014; Dolan et al. 2010.

sondern auch Regierungen anderer Länder sowie nationalen und internationalen Organisationen weltweit.⁷⁹

IV. Verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland und deren Wechselwirkungen mit deutschem Recht und deutscher Regulierung

Das neue Team im Kanzleramt wird ähnlichen Herausforderungen und Themen gegenüberstehen wie die Teams anderer Länder.⁸⁰ Während die Herausforderungen in sachlicher und thematischer Hinsicht in westlichen Ländern vergleichbar sind, ist deren (rechts-)kulturelle Einbettung doch ziemlich verschieden. Mit anderen Worten werden aufgrund der Spezifika des deutschen Rechtssystems Nudge-Lösungen häufig anders aussehen als die der Vereinigten Staaten oder des Vereinigten Königreichs. Das deutsche Recht ist, ebenso wie das französische, wesentlich mehr an strukturierten Programmen orientiert als beispielsweise das englische;⁸¹ daher benötigen Neuerungen im deutschen Regulierungssystem regelmäßig einen höheren Begründungsaufwand. Hier sollen nun einige möglichen Fragen erörtert werden, die sich sowohl für die Rechtswissenschaft als auch für die verhaltensbasierte Regulierung vor dem Hintergrund des deutschen Rechts stellen werden.

V. Fragen an die Rechtswissenschaft und mögliche Antworten

Die verhaltensbasierte Regulierung stellt die deutsche Rechtswissenschaft vor Herausforderungen. Diese betreffen vor allem die Verzahnung des neuartigen regulativen Charakters von Nudges mit der deutschen Rechtsordnung sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen für das „Debiasing“.

1. Die grundrechtliche Relevanz von Nudges

Der wesentliche Schutz vor hoheitlichen Eingriffen wird dem Einzelnen in Deutschland durch Grundrechte gewährleistet. Setzen deutsche Hoheitsträger Nudges ein, so muss die deutsche Grundrechtsordnung Antworten auf die Vereinbarkeit dieser neuen hoheitlichen Regulierungsmethode mit dem

⁷⁹ Siehe dazu www.behaviouralinsights.co.uk/blogpost/behavioural-insights-team---social-purpose-company und David Halpern, The Behavioural Insights Team, im Druck 2015.

⁸⁰ Cass R. Sunstein, The Council of Psychological Advisers. Annual Review of Psychology 2014.

⁸¹ Siehe hierzu Geneviève Helleringer/Kai Purnhagen, in: Geneviève Helleringer/Kai Purnhagen (Hrsg.), Towards a European legal Culture, 2014, S. 7-8.

deutschen Grundrechtsschutz finden. Dabei kann, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, auch auf die Überlegungen der internationalen Regulierungsforschung zurückgegriffen werden. Die grundrechtliche Relevanz von Nudges bemisst sich danach, ob sie als Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechtes zu kategorisieren sind. Nudges können sich in zweierlei Hinsicht auswirken: Auf der Hand liegen zunächst Nudges, die in die Grundrechte eines „Mittlers“ eingreifen, indem er durch staatlichen Zwang zum Nudgen anderer angehalten wird. Wenn der Supermarktbetreiber durch staatliche Regelung verpflichtet wird, Schokolade nicht mehr an den Ladenkassen oder auf Augenhöhe zu positionieren, so könnte dies beispielsweise in sein Eigentumsrecht nach Art. 14 GG eingreifen. Genau genommen ist es nicht der Nudge selbst, der die Grundrechtsrelevanz eröffnet, sondern der staatliche Zwang zum Nudge. Während dieser Fall unproblematisch grundrechtsrelevanten Charakter hat, ist fraglich, ob Nudges auch direkt in die Grundrechte eines Adressaten eingreifen können. Offensichtlich könnten sie als Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit des Nudge-Adressaten angesehen werden. Wenn der Staat beispielsweise einen Adressaten durch Nudges dazu zwingt, sich in der Kantine für Schokolade zu bücken anstatt sie auf Augenhöhe zu haben⁸², dann könnte man dies als Eingriff in die freie Selbstbestimmung des Kunden ansehen.

Ob Nudges paternalistische Eingriffe gegen den Adressaten sind, wird in der internationalen Regulierungsliteratur heiß diskutiert. Die Urheber des Nudge-Ansatzes Cass Sunstein and Richard Thaler haben mit ihrer Klassifikation des Nudges als „libertarian paternalism“⁸³ den Anfang gesetzt. Da Nudges die Änderung des Verhaltens ohne Veränderung der Präferenzstruktur erreiche, würde deren Entscheidungsfreiheit nicht eingeschränkt. So kann man beispielsweise weiterhin an der Kasse in der Kantine Schokolade kaufen, muss sich aber dafür bücken, da nur der Apfel in greifbarer Nähe liegt. Dies könnte darauf hindeuten, dass unter Umständen der Schutzbereich des Grundrechts schon gar nicht eröffnet ist oder zumindest ein „Eingriff“ erst gar nicht gegeben

⁸² Im Rahmen der Bemühungen um eine gesündere Ernährung von Kindern und entsprechender Regulierungsdrohungen der Regierungen, testen einige dänische und deutsche Supermarktketten auf freiwilliger Basis Ladenkassen ohne „Quengelzone“, d.h. ohne Süßigkeiten in der Kassenzonen. Für die Supermärkte bedeutet dies einen Verlust, da gerade Süßigkeiten besonders hohe Gewinnmargen ausweisen.

⁸³ Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein 70 The University of Chicago Law Review 2003, 1159–12.

ist und damit Grundfreiheitsverletzungen durch „Nudges“ ohne Rechtfertigung möglich sind.⁸⁴

Ob „Nudges“ grundrechtsrelevant sind, bemisst sich im deutschen Verfassungsrecht nicht an der internationalen Literatur zum Regulierungsrecht, sondern am Verfassungsrecht selbst. Ein Nudge kann vor allem in den Schutzbereich der freien Selbstbestimmung eines Adressaten eingreifen. Aber auch andere Grundrechte können von Belang sein: Sieht eine staatliche Regelung beispielsweise die Anordnung der Schokolade in einer Kantine vor, so kommt ein Eingriff in die Berufsausübung im Sinne des Art. 12 GG in Betracht. Nudges kommen, je nach Sachlage, prinzipiell als Eingriff in alle Freiheitsrechte in Frage. Hier wird zu zeigen sein, dass Nudges grundsätzlich nur in die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen können. Fraglich ist hier schon die Eröffnung des Schutzbereiches. Art. 2 Abs. 1 GG soll als Freiheitsgrundrecht die Freiheit des Entscheidungsträgers sichern, zu tun und zu lassen was er will.⁸⁵ Genau dies ist, wie Sunstein und Thaler vorbringen, dem Entscheider beim Nudge nach wie vor möglich. Die Entscheidung sei dem Adressaten nicht genommen. Wenn der Adressat in eine Entscheidungsarchitektur hineinkommt (beispielsweise an eine Ladenkasse oder in einer Kantine), so hat er sich regelmäßig vorher bereits seine Entscheidung über seine Präferenzen gebildet. Er kann jedenfalls ohne unter dem Einfluss des Nudges zu stehen entscheiden, ob er an der Kasse im Supermarkt es für wichtiger hält, seine Gesundheit zu schützen oder sein Bedürfnis nach Schokolade zu befriedigen.⁸⁶ Der nachfolgende Nudge ändert hieran nichts, er lässt diese Präferenzstruktur unangetastet. So gesehen, so könnte man argumentieren, beeinflusst die Entscheidungsarchitektur dann nur diejenigen, die nach wie vor indifferent sind, die eben nicht oder nicht sicher wissen, wie ihre Präferenzen aussehen. Aber hier gibt es dann eben keinen Eingriff, so könnte man Sunstein und Thaler's Argumente auf das deutsche Verfassungsrecht übertragen, da sie ja ohnehin keine diesbezügliche starke Präferenzstruktur gebildet hatten.

⁸⁴ So beispielsweise *Mark Schweizer*, in: Klaus Mathis/Avishalom Tor (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, 2016, im Druck.

⁸⁵ BVerfGE 6, 32 – Elfes.

⁸⁶ aA *Frank Furedi*, *Defending moral autonomy against an army of nudgers*, 2011, available on the Internet at: <<http://www.spiked-online.com/index.php/site/article/10102/>>

Aus Sicht des Marketing, welches meist nur zwischen rationalen und irrationalen Entscheidungen unterscheidet, die im Zusammenhang mit einem Kaufverhalten stehen, ist dies ein nachvollziehbares Argument. Aus rechtlicher Sicht werden hier jedoch einige Kategorien miteinander vermengt, die auseinandergehalten werden sollten. Die Grundrechte schützen nicht nur rationale Entscheidungen und nicht nur Entscheidungen, die im Zusammenhang mit Kaufentscheidungen stehen. So kann der Einzelne grundsätzlich grundrechtlich geschützt gem. Art. 2 (1) GG tun und lassen was er will.⁸⁷ Damit hat er auch grundsätzlich ein grundrechtlich geschütztes Recht indifferent zu sein und zu bleiben, also hier auf Freiheit von Nudges. Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, dass solche Entscheidungen ohnehin auch sonst durch wesentlich subtilere Maßnahmen wie beispielsweise Marketingmaßnahmen manipuliert werden⁸⁸ und es daher eine solche Freiheit vor Nudges richtiger Weise faktisch nicht gibt. Grundrechtlich gesehen ist dies eine Frage des Eingriffs, die bei der Schutzbereichsprüfung zunächst ohne Belang ist. Einer solchen Lesart der durch die Grundrechte zu schützenden Autonomie haben sich Stimmen in der Regulierungsliteratur entgegengestellt, die eine grundsätzliche Abkehr von einer individuellen Sichtweise der Autonomie fordern.⁸⁹ Der dahinter stehende Gedanke, dass die Gewährleistung einer individuellen Autonomie nicht zwischen Entscheidungsstrukturen des System 1 und System 2 unterscheidet und damit letztlich autonomiebeschränkend wirkend kann, ist sicherlich richtig.⁹⁰ Daraus allerdings zu folgern, dass die Freiheit vor Nudges niemals durch das allgemeine Selbstbestimmungsrecht geschützt werden sollten, ist zu kurz gesprungen. Vielmehr kann dieser Gedanke im deutschen Verfassungsrecht besser auf den unterschiedlichen Wertungsebenen im Schutzbereich, Eingriff und vor allem bei der Rechtfertigung aufgefangen werden.⁹¹

⁸⁷ BVerfGE 6, 32 – Elfes.

⁸⁸ Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge*, 2008, S. 10-11.

⁸⁹ Alberto Alemanno/Anne-Lise Sibony, Chapter 1, in: Alberto Alemanno/Anne-Lise Sibony (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, im Druck.

⁹⁰ System 1 und System 2 beschreiben in der Psychologie zwei verschiedene Art und Weisen, wie das Gehirn denkt: System 1 ist dabei schnell, automatisch, immer aktiv, emotional, stereotypisierend, unbewusst, während system 2 langsam, anstrengend, selten aktiv, logisch, berechnend und bewusst agiert.

⁹¹ Siehe hierzu schon, wenn auch mit anderer Stoßrichtung Anne van Aaken, in: Christoph Möllers/Gerhard Wagner/Alexandra Kemmerer/Maximilian Steinbeis (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016, im Druck.

Fraglich ist damit weiterhin, ob Nudges als Eingriff zu werten sind. Eingriffe sind sämtliche den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG belastende hoheitlichen Maßnahmen. Sunstein und Thaler haben vorgebracht, dass unsere Entscheidungen regelmäßig in wesentlich stärkerem Maße als durch Nudges beeinflusst werden, daher gäbe es faktisch ohnehin keinen manipulationsfreien Raum.⁹² Ob Schokolade oder ein Apfel an der Supermarktkasse auf Augenhöhe liegen entscheiden wir ohnehin nicht selbst, sondern die Marketing-Maßnahmen des Betreibers. Dies ist allerdings kein Grund, den Eingriffscharakter zu verneinen: Die Marketing-Maßnahme des Betreibers ist privater Natur und damit nur in Ausnahmefällen grundrechtsrelevant. Das Recht vor Nudging besteht gem. Art. 1 (3) GG nur gegen den Staat, nicht jedoch gegenüber Privaten. Theoretisch kann der Adressat nämlich die Einkaufskette wählen, deren Marketingmaßnahmen seinen Entscheidungsstrukturen am besten entspricht. So kann er, theoretisch jedenfalls, auch eine Kette wählen, die Nudging nicht praktiziert oder zumindest transparent macht. Ersetzt der Staat diese Wahlfreiheit der Entscheidungsstrukturen, so greift er systematisch in diese Wahlfreiheit ein und nimmt sie dem Adressaten. Selbst wenn es diese Wahlfreiheit faktisch nicht mehr gibt, weil mittlerweile alle Supermarktketten die gleichen Produkte an der Kasse eingebettet in vergleichbare Entscheidungsstrukturen anbieten, so kann die Tatsache, dass private Unternehmen faktisch die Wahlfreiheit untergraben nicht als Grund pervertiert werden, um ansonsten bestehenden Grundrechtsschutz zu rauben. Sonst könnten private Unternehmen durch Standardisierung bestimmen, wann dem einzelnen Grundrechtsschutz gewährt wird. Vielmehr könnte man hier umgekehrt diskutieren, ob in solchen Fällen nicht der private Anbieter ausnahmsweise an Grundrechte gebunden sein sollte, da er durch Standardisierung wie ein Staat Entscheidungsstrukturen „bauen“ kann. Dies soll allerdings nicht Gegenstand dieses Beitrags sein. Im Ergebnis sind Nudges damit als Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zu sehen.

2. Rechtfertigung von Nudges

Eingriffe durch Nudges in das allgemeine Selbstbestimmungsrecht können jedoch gerechtfertigt werden. Die Rechtfertigungsprüfung des deutschen

⁹² *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge, 2008, S. 10-11.

Verfassungsrechts bietet mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein probates Mittel, um die Rechtfertigung von Nudges zu überprüfen.⁹³ Die Prüfung des „Legitimen Ziels“ sollte beim Nudge darauf ausgerichtet sein, ob er tatsächlich eine gesamtwohlfahrtsfördernde Wirkung hat. Anhaltspunkte gibt dafür in Deutschland die durch die Grundrechte geschaffene Wertordnung. Ob ein Nudge geeignet ist, lässt sich anhand von zwei Tests feststellen: Erstens findet er nur in einem Entscheidungskontext Anwendung, der zuvor entgegen dem mit dem Nudge verfolgten legitimen Ziel „manipuliert“ worden ist. Zweitens müssen ausreichend empirische Daten vorhanden sein, die eine Änderung des Entscheidungskontexts in die vom Nudge verfolgte Richtung vermuten lassen. Dies ist immer dann der Fall, wenn es sich um ein „debiasing“ von robusten Biases handelt. Erforderlich ist der Nudge, wenn es keinen gleich geeigneten milderen Nudge oder ein anderes, wirksameres Instrument gibt, der den Entscheidungskontext im Sinne des legitimen Ziels beeinträchtigen kann. Der Nudge ist verhältnismäßig, wenn das mit dem Nudge verfolgte legitime Ziel die individuelle Entscheidungsfreiheit überwiegt. Dies dürfte in den meisten Fällen der Fall sein, ist aber im Einzelfall zu entscheiden.

3. Nudges als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Selbst wenn sich der deutsche Gesetzgeber keines Nudges bedient, so kann der Nudge dennoch die Verhältnismäßigkeitsprüfung und damit die Legalität klassischer behördlicher Regulierungsmaßnahmen beeinflussen: Jedes hoheitliche Handeln muss sich in Deutschland an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen.⁹⁴ Eine Voraussetzung ist, dass die entsprechende Maßnahme „erforderlich“ ist. Die entsprechende Maßnahme ist erforderlich, wenn zur Erreichung des jeweiligen regulatorischen Zwecks nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht zumindest weniger einschränkendes Mittel zur Wahl steht.⁹⁵ Haben sich bestimmte „Biases“ und die darauf beruhenden Nudges als robust erwiesen, so können sie im Einzelfall als gleich geeignet zu klassischen staatlichen Maßnahmen zu charakterisieren sein. Weniger einschränkend sind sie regelmäßig auch, da sie, im Gegensatz zu klassischen staatlichen Maßnahmen,

⁹³ Im Ergebnis so auch schon *Anne van Aaken*, in: *Christoph Möllers/Gerhard Wagner/Alexandra Kemmerer/Maximilian Steinbeis* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging*, 2016, im Druck.

⁹⁴ BVerfGE 19, 348 f.; 23, 133; 61, 134.

⁹⁵ BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (176).

dem Einzelnen eine Entscheidungsfreiheit belassen. Somit birgt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Potential, im Einzelfall „Nudges“ gegenüber klassischer Regulierung, oder zumindest als deren Komplementär, durchzusetzen.⁹⁶ Dies kann auch einer der wesentlichen normativen Ausgangspunkte für das neue Team im Kanzleramt sein: Wenn es bestehende Regulierung dahingehend untersucht, ob die Verhaltenswissenschaft nicht effektivere Lösungen als klassisches Regulierungsrecht verspricht, dann geben sie Empfehlungen für eine solche Prüfung der Verhältnismäßigkeit.⁹⁷

4. Vereinbarkeit von Rechtsgeschäftslehre und „Debiasing durch Recht“

Während die Wechselwirkungen von Nudges, Grundrechtesschutz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einem klaren öffentlich-rechtlichen Denken entspringen, findet das „Debiasing durch Recht“ im deutschen Recht eher im Vertragsrecht fruchtbaren Boden. Grundsätzlich kann man nämlich davon ausgehen, dass auch im Privatrecht jegliches rechtserhebliche Handeln in einen Entscheidungskontext eingebettet ist, für den das Privatrecht und insbesondere die Normen des BGB, eingebettet in die unionsrechtliche Rechtsordnung, die entsprechende Architektur darstellt.⁹⁸ „Debiasing durch Recht“ geht dann davon aus, dass natürliche Personen systematisch ihre Entscheidungen entgegen ihren eigenen Präferenzen auf bestimmte systematische Tendenzen („Biases“) stützen und sieht die Aufgabe des Rechts darin, diese Entscheidungen zu korrigieren oder bestenfalls zu verhindern. Dies kann man so interpretieren, dass ein solches „Debiasing durch Recht“ dem Ideal des von Privatautonomie geprägten Vertragsrecht entgegensteht.⁹⁹ Während das klassische Vertragsrecht davon ausgeht, dass Vertragspartner a priori gleichgeordnet sind und aus dieser Position die Wertewelt des Vertragspartners sowie die preisbildenden Faktoren versteht und verstehen kann,¹⁰⁰ könnte man dem „Debiasing durch Recht“

⁹⁶ Siehe hierzu auch *Mark Schweizer*, in: *Klaus Mathis/Avishalom Tor* (Hrsg.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, 2016, im Druck.

⁹⁷ *Anne van Aaken*, in: *Alberto Alemanno/Anne-Lise Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, im Druck.

⁹⁸ *Kai Purnhagen* *RabelsZ* 2013, 592 ff.

⁹⁹ *Marina Tamm*, in Form eines wenig konkreten Verbraucherschutzprinzips, spricht gar von einem Paradigmenwechsel, siehe *Marina Tamm*, in: *Tanja Domej/Bianca Dörr/Urs Hoffmann-Nowotny* (Hrsg.), *Einheit des Privatrechts*, 2008, S. 356.

¹⁰⁰ *Robert Cooter* 12 *Hamline Law Review* 1989, 385-386; *Kai Purnhagen* *RabelsZ* 2013, 592 ff.

unterstellen, dass es von einem anderen Grundverständnis ausgeht: Ist die Entscheidung zu einem Vertragsschluss auf einem „Bias“ gegründet, legitimiert dies eine Intervention durch das Vertragsrecht.¹⁰¹ Durch diese Denkweise lassen sich auch vermeintliche neue, im Wesentlichen durch das europäische Regulierungsrecht ins deutsche Vertragsrecht übernommene Vorschriften wie das Widerrufsrecht beim Haustürkauf oder im Fernabsatz erklären.¹⁰² Vom Ideal des gleichgeordneten Bürgers, der seinen Willen grundsätzlich frei erklärt, ist diese Sicht jedoch gar nicht so weit entfernt: Grundlage des „Debiasing“ ist nach wie vor der nach seiner Präferenzstruktur handelnde Vertragspartner.¹⁰³ Was das „Debiasing durch Recht“ von der klassischen Rechtsgeschäftslehre unterscheidet ist der systematische Ansatz. Während in der klassischen Rechtsgeschäftslehre der Einzelne Fehler oder „Biases“ in seine Willensbildung prinzipiell nur in Ausnahme- und Einzelfällen durch beispielsweise Anfechtung oder Sittenwidrigkeit „heilen“ konnte, kannte die klassische Rechtsgeschäftslehre nur wenige systematische Entscheidungsfehler. Für manche Autoren ist dies kein Problem: Es sei schlichtweg nicht plausibel davon auszugehen, dass sämtliche Verbraucher, die auch eine Mehrheit der Bevölkerung repräsentierten, an einer psychologischen „Schwäche“ leide.¹⁰⁴ Diese Kritik ist jedoch nicht korrekt, da sie von einer falschen Voraussetzung ausgeht: Das „Debiasing durch Recht“ geht, ebenso wie das Verbraucherschutzprinzip, nicht von einer generellen Ungleichheit aus: Es geht von systematischen psychologischen Defiziten in bestimmten Situationen aus.¹⁰⁵ Diese systematische Sicht ist auch im klassischen deutschen Vertragsrecht nicht neu: Minderjährige sind entweder nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig und zwar unabhängig von ihrer tatsächlichen individuellen Reife. Die Parallelen zwischen diesem mit klassischer Rechtsgeschäftslehre begründbaren Regulierungsrecht und dem Widerrufsrecht hat Hoffmann bereits gezogen.¹⁰⁶ Allerdings knüpft das Minderjährigenrecht an bestimmte Fähigkeiten an, die in der Person liegen.¹⁰⁷ „Debiasing durch Recht“ stellt auf die Situation

¹⁰¹ Hierzu schon früh *Melvin Eisenberg* 47 *Stanford Law Review* 1995, 211-259.

¹⁰² *Kai Purnhagen*, in *Klaus Mathis* (Hrsg.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, 59-63.

¹⁰³ *Victoria Nourse/Gregory Shaffer* 95 *Cornell Law Review*, 2009, 77.

¹⁰⁴ *Gerhard Wagner* *Erasmus Law Review*, 2010, 67.

¹⁰⁵ *Hans Micklitz/Kai Purnhagen*, Vor 13, 14 *BGB*, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Auflage, Rn. 51.

¹⁰⁶ *Jan Hoffmann* *JZ* 2012, 1156 f.

¹⁰⁷ Deutlich in dieser Hinsicht *Karsten Schmidt* *JuS* 2006, 1.

ab, nicht auf die Eigenschaft einer Person. Das Individuum als Entscheider wird beim „Debiasing durch Recht“ sogleich als anfällig für systematische Verhaltenstendenzen beschrieben. Diesen Ansatz findet man im BGB in den durch das Unionsrecht ins deutsche Recht implementierte Verbraucherrecht wie dem Widerrufsrecht in § 355 BGB oder dem Postulat der kostenfreien Nachlieferung in § 439 II BGB. Die klassische Rechtsgeschäftslehre hat daher kein Problem mit der Annahme eines systematischen Fehlers in der Willensbildung, den wir bereits beispielsweise aus dem Minderjährigenrecht kennen.¹⁰⁸ Neu ist die Verbindung von systematischen Fehlern in der Willensbildung, die nicht in der Person begründet, sondern situativ bedingt sind.¹⁰⁹ Sieht man richtiger Weise den Willen der Person zum Vertragsschluss ohnehin nur als soweit rechtlich relevant an, wie er auch vom Recht geschützt wird¹¹⁰, und versteht somit den Vertragsschluss als eingebettet in eine Entscheidungsarchitektur, so bestehen auch keinerlei Probleme zwischen Rechtsgeschäftslehre und „Debiasing durch Recht“. Fraglich wird in Zukunft sein, ob neben der Haustürsituation und dem Fernabsatz noch weitere Vertragsschlusssituation von einem „Bias“ behaftet sind, der durch das Vertragsrecht ausgeglichen werden soll. Dies kann insbesondere im Versicherungsvertragsrecht des VVG relevant werden, da gerade Versicherungsabschlüsse typischer Weise anfällig für solche „Biase“ sind.¹¹¹ Hier gibt es ein Feld, dessen sich die „Wirksam Regieren“ Gruppe im Kanzleramt annehmen kann.

5. Erklärungswert der „Biase“ im Zivilrecht

Darüber hinaus geht das deutsche Zivilrecht in vielen Normen von Voraussetzungen aus bzw. macht sich diese zunutze, die durch die verhaltenswissenschaftliche Forschung erst erklärt werden können. So ist bei der Eigentumsübertragung von Mobiliarsachen regelmäßig gem. § 929 S. 1 BGB neben der Einigung auch eine Übergabe vonnöten. Man geht davon aus, dass erst durch den tatsächlichen Besitz der Sache nach außen hin erkennbar wird, wer der Eigentümer ist. Stört ein Nichtberechtigter den Besitzer in der Ausübung seines Besitzes (§ 858 BGB), so darf der Besitzer gem. § 859 Abs. 1 BGB sogar

¹⁰⁸ Jan Hoffmann JZ 2012, 1156 f.

¹⁰⁹ Karsten Schmidt JuS 2006, 1; Kai Purnhagen VuR 2015, 3.

¹¹⁰ So treffend bereits Jan Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, 1986, S. 8 f.

¹¹¹ Howard Kunreuther, Insurance and Behavioral Economics, 2013.

Gewalt anwenden, um den Besitz wiederzuerlangen. Dieses Recht erfolgt, und das ist bemerkenswert, nur aus seiner Stellung als Besitzer, also der Tatsache, dass das Recht dem Erhalt des Besitzes eine so hohe Bedeutung beimisst, dass sogar das Gewaltmonopol des Staates durchbrochen werden darf, wenn der Besitz gestört wird. Dies kann man durch den Besitzeffekt erklären. Auch Gesetzgeber sind Menschen, die einem erlangten Besitz einen höheren Wert beimessen als einem noch zu erlangenden. So gesehen legitimiert der Besitzeffekt quasi diese Vorschriften. Sicherlich dienen diese Vorschriften der Rechtssicherheit durch den vom Besitz ausgehenden Rechtsscheins. Nur erklärt sich gerade dieser Rechtsschein des Besitzes durch den Besitzeffekt: Menschen werten einer Sache, die man besitzt, einen höheren Wert zu. Dies wird durch diese Vorschriften geschützt und für die Rechtssicherheit fruchtbar gemacht. Damit dient der Besitzeffekt der Rechtssicherheit und mittelbar sogar dem Rechtsfrieden.

6. Komplementär zur rechtswissenschaftlichen Forschung

Diese Regulierung aufgrund von verhaltenswissenschaftlichen Fehlern erfordert einen trans- oder zumindest interdisziplinären Ansatz. Will man beispielsweise im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundes ermitteln, ob ein Nudge weniger einschneidend und gleich effektiv wie klassische Regulierung ist, geht dies nicht ohne die regulativen Effekte des Nudges zu kennen. Gleiches gilt wenn man beispielsweise rechtlich entscheiden muss, ob ein bias „robust“ ist. Diese Fragen sind jedoch im Wesentlichen in der Psychologie oder Ökonomie messbar und damit mit Methoden, die einem Juristen bei der Interpretation des Gesetzes oder dem Gesetzgeber üblicher Weise nicht zur Verfügung stehen. Wir beeilen uns klärend hinzuzufügen, dass die Entscheidung darüber selbstverständlich in den Händen von Juristen oder dem Gesetzgeber bleiben muss. Damit diese Entscheidung jedoch sinnvoll getätigt werden kann, sollte sie durch psychologische und ökonomische Daten informiert sein. Dies gilt auch für die Rechtswissenschaft, die seit jeher, zumindest auch, eine Art Kontrollfunktion der Entscheidungen des Gesetzgebers einnimmt. Um diese Kontrolle wirksam auszuführen, benötigt auch sie Informationen aus anderen Disziplinen. Und nicht nur dies: Es müssen sich auch Rechtswissenschaftler in Deutschland finden, die die interdisziplinäre Brücke zu schlagen vermögen. Dies erfordert eine

gemeinschaftliche Anstrengung der deutschen Rechtswissenschaft, an deutschen Universitäten auch die Rahmenbedingungen für solche Forschung zu schaffen.

VI. Ergebnis

Wir kommen zu folgenden Ergebnissen:

1. Die verhaltensbasierte Regulierung rekurriert im Wesentlichen auf zwei Phänomene: Nudging und Debiasing. Nudges sind als Komplementäre zum Recht eine eigene Kategorie der Regulierung, die ohnehin vorhandene Verhaltensstrukturen der Menschen nutzt, um effektiver regulieren zu können. Debiasing beschreibt eine Methode im Recht, durch die Eingriffe in die Entscheidungsarchitektur durch das Recht legitimiert werden sollen.
2. Die verhaltensbasierte Regulierung bietet großes Potential um in Deutschland wirksamen Regieren umzusetzen. Dies zeigt der Vergleich mit anderen Regulierungssystemen, in denen bereits Ansätze der verhaltensbasierten Regulierung Einzug gefunden haben.
3. Einige grundlegende Herausforderungen für die deutsche Rechtswissenschaft sind die Grundrechtsrelevanz von Nudges und die Auswirkungen des Debiasing auf das Privatrecht. Dazu muss das rechtlich erhebliche Handeln zunächst als ein Handeln in einer Entscheidungsstruktur verstanden werden, welche dann bewusst durch Recht oder durch Nudges zu einer Architektur der Wahl umgestaltet werden kann. Nudges haben grundrechtsrelevanten Charakter, da sie in den Schutzbereich die durch Art. 2 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit eingreifen. Dem Einzelnen wird nämlich das Recht zur Freiheit von einem Nudge genommen, das heißt die Freiheit, in eine Entscheidungsstruktur auch ohne staatlichen Eingriff zu kommen. Dieser Eingriff kann jedoch gerechtfertigt werden, wenn der staatliche Nudge dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, angewendet auf die Besonderheiten der verhaltensgeleiteten Regulierung, genügt. Im Privatrecht legitimiert das „Debiasing durch Recht“ Eingriffe in den Vertrag, die nicht an die Charaktereigenschaft der vertragsschließenden Person anknüpfen. Hierdurch werden systematische Eingriffe aufgrund bestimmter Situationen, in denen sich Einzelne typischer Weise einem Bias ausgesetzt sind, legitimiert. Solches regulatives Vertragsrecht finden wir im BGB insbesondere in den Vorschriften, die zur Umsetzung des europäischen Privatrechts dienen. Aber auch das

klassische Recht macht beispielsweise beim Rechtsscheinsschutz im Sachenrecht Gebrauch von Biases.

4. Viele dieser neuen Voraussetzungen sind im Recht nur durch einen Dialog mit Nachbarwissenschaften lösbar. Die deutsche Rechtswissenschaft wird sich solcherlei echter interdisziplinärer Forschung öffnen müssen, in ihrem Anspruch als Kontrollinstanz der Entscheidungen des deutschen und europäischen Gesetzgebers sowie der Exekutive genügen zu können.